

## **BGE 104 V 42**

Bundesgericht (BGE), 1978-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_104\\_V\\_42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_104_V_42)

FR: ATF 104 V 42

IT: DTF 104 V 42

### **Regeste**

Regeste Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während dessen Militärdienst den Lohn bezahlt, steht ihm die Erwerbsausfallentschädigung zu, ohne Rücksicht auf Art und Dauer des Dienstes und ohne Rücksicht darauf, ob der Dienst ganz oder teilweise in die Freizeit fällt oder ob der Dienstpflichtige wegen seiner besonderen Stellung der beruflichen Tätigkeit trotz des Dienstes voll nachkommen kann (Bestätigung der Rechtsprechung). Art. 5 Abs. 1 EOV. Analoge Anwendung dieser Bestimmung bei der Aufteilung der Einkommensbestandteile im Sinne von Rz 222 der Wegleitung zur EO.

Regeste Art. 19 al. 2 lit. c LAPG. Lorsque l'employeur verse son salaire à l'employé durant le service militaire, c'est à l'employeur que revient l'allocation pour perte de gain, sans égard à la nature et à la durée dudit service et sans égard non plus au fait que ce service soit effectué totalement ou partiellement pendant les loisirs ou qu'en raison de sa situation particulière l'intéressé soit en mesure d'exercer totalement son activité professionnelle malgré ses obligations militaires (confirmation de la jurisprudence). Art. 5 al. 1 RAPG. Application par analogie de cette disposition en matière de répartition de l'allocation concernant une personne de condition simultanément salariée et indépendante conformément au ch. 222 des Directives concernant le régime des APG.

Regesto Art. 19 cpv. 2 lit. c LIPG. Quando il datore di lavoro paga, durante il servizio militare, il salario all'impiegato, l'indennità per perdita di guadagno gli spetta, prescindendo dalla natura e dalla durata del servizio e dal fatto che esso sia prestato totalmente o parzialmente durante il tempo libero, oppure che l'interessato - per la sua situazione particolare - sia in grado di esercitare integralmente la sua attività professionale, malgrado gli obblighi militari (conferma della giurisprudenza). Art. 5 cpv. 1 OIPG. Applicazione per analogia di questa disposizione in materia di riparto dell'indennità riguardante una persona nel contempo di condizione dipendente e indipendente, conformemente alla cifra 222 delle Direttive concernenti il regime delle IPG.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Laut Art. 19 Abs. 2 EOG wird die Erwerbsausfallentschädigung in der Regel dem Dienstpflichtigen ausgerichtet; ausnahmsweise kommen die Entschädigungen gemäss Art. 4-7 EOG in dem Ausmass dem Arbeitgeber zu, als er dem Dienstpflichtigen für die Zeit des Dienstes Lohn oder Gehalt ausrichtet ( Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG ). Die Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung zur Erwerbsersatzordnung (Stand 1. Mai 1972) enthält hiezu in den Rz 220 und 222 folgende Grundsätze... 220 Zahlt ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer für die Zeit seiner obligatorischen oder freiwilligen Dienstleistung den vollen Lohn aus, so kommt daher in der Regel die Entschädigung dem Arbeitgeber zu, auch wenn

dieser durch die Dienstleistung des Arbeitnehmers keinen materiellen Nachteil erleidet, das heisst der Arbeitnehmer wegen des Dienstes keine Arbeitszeit ausfallen lässt. Dies gilt unabhängig von der Art und Dauer des Dienstes und gleichgültig, ob dieser ganz oder teilweise in die Freizeit des Arbeitnehmers fällt oder ob der Arbeitnehmer wegen seiner besonderen BGE 104 V 42 S. 46 Stellung der beruflichen Tätigkeit trotz des Dienstes voll nachkommen kann. 222 Ist der Dienstpflichtige gleichzeitig Unselbständigerwerbender und Selbständigerwerbender, so kommt dem Arbeitgeber höchstens der Teil der gesamten Entschädigung zu, welcher dem Erwerbseinkommen aus unselbständiger Tätigkeit am gesamten Erwerbseinkommen entspricht. Der Restbetrag ist dem Dienstpflichtigen auszubezahlen. b) Rz 220 stützt sich auf EVGE 1965 S. 212, in welchem Urteil das Gericht in Änderung der bisherigen Rechtsprechung festhielt, dass die Erwerbsausfallentschädigung dem Arbeitgeber in dem Ausmass zukomme, als er dem Dienstpflichtigen während der Zeit des Militärdienstes Lohn zahle, gleichgültig, ob der Dienst ganz oder teilweise in die Freizeit fällt oder ob der Dienstpflichtige wegen seiner besonderen Stellung der beruflichen Tätigkeit trotz des Dienstes voll nachkommen kann. Dem Arbeitgeber stehe daher die Entschädigung zu ohne Rücksicht darauf, ob ihm wegen des Militärdienstes des Arbeitnehmers ein materieller Nachteil erwachse oder nicht. Denn mit der Vorschrift von Art. 1 Abs. 1 EOG, wonach die Erwerbsausfallentschädigung für jeden besoldeten Dienstag ausgerichtet wird, habe das Gesetz eine abstrakte Regelung ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit des Einzelfalles getroffen. Es besteht kein Anlass, heute von dieser Rechtsprechung abzugehen. Die Durchführbarkeit der EO erfordert in dieser Hinsicht eine abstrakte und schematische Ordnung. Andernfalls müssten im Einzelfall Abklärungen vorgenommen werden, die übermässige Umtriebe verursachen würden und deren Resultat vielfach wenig zuverlässig wäre. Unerheblich ist dabei, ob im Einzelfall eine solche Abklärung noch zu bewerkstelligen wäre. Denn der in EVGE 1965 S. 212 festgehaltene Grundsatz gestattet auch dort keine Ausnahme, wo eine Abklärung ohne unverhältnismässigen Aufwand vielleicht durchführbar wäre und ein dem konkreten Fall besser angepasstes Resultat ermöglichte. Sonst würden jene Dienstpflichtigen rechtlich schlechter gestellt, deren Arbeitsverhältnis eine einfache und zuverlässige Abklärung eben nicht zulässt. c) Die in Rz 222 der Wegleitung zur EO vorgesehene Aufteilung, die sich auf den Fall von gleichzeitiger selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit bezieht, erweist sich für den Normalfall als sachgerecht, wo der Dienstpflichtige BGE 104 V 42 S. 47 durch den Militärdienst an beiden Erwerbstätigkeiten gehindert wird. Diese Aufteilung ist aber auch dann vorzunehmen, wenn der Dienstpflichtige durch den Militärdienst zwar nicht in der unselbständigen, jedoch umso mehr in der selbständigen Erwerbstätigkeit eingeschränkt wird. Denn nach dem in Erw. 1 b Gesagten darf nicht danach unterschieden werden, ob der Arbeitgeber einen materiellen Nachteil erleidet oder nicht. Eine Sonderlösung scheidet ebenfalls am Erfordernis der Praktikabilität. Denn es ist in solchen Fällen in der Regel nicht mit hinreichender Zuverlässigkeit abklärbar, ob die militärdienstlichen Verrichtungen die selbständige Erwerbstätigkeit tatsächlich beeinträchtigen oder ob (bzw. allenfalls inwieweit) sie in der Freizeit erledigt werden können.

## **E. 2**

Aus dem Gesagten folgt, dass der hauptberuflich als selbständiger Anwalt und nebenamtlich als Kriminalrichter tätige Beschwerdeführer nicht die volle Erwerbsausfallentschädigung beanspruchen kann, sondern dass diese gemäss Rz 220 und 222 der Wegleitung zur EO zwischen ihm und dem Kanton Luzern aufgeteilt werden muss.

Der Vorwurf des Beschwerdeführers, der von der Ausgleichskasse vorgenommenen Auslegung von Rz 222 der Wegleitung zur EO fehle die gesetzliche Grundlage, ist unbegründet. Nicht stichhaltig ist auch sein Argument, durch geschickte Terminplanung habe der Militärdienst noch nie mit einer Kriminalgerichtssitzung kollidiert und auch an den Vorbereitungen für jene Sitzungen härte ihn seine Tätigkeit als Justizoffizier nie gehindert. Denn das Gesetz will durch die abstrakte Ordnung des Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Fällen wie dem vorliegenden vermeiden, dass solche Abklärungen überhaupt vorgenommen werden müssen. Der Grundsatz des Nachteilsausgleichs, auf den sich der Beschwerdeführer im wesentlichen noch beruft, ist durch die heutige gesetzliche Ordnung zur Fiktion geworden, wie schon in EVGE 1965 S. 214 festgestellt worden ist. Der Hauptantrag des Beschwerdeführers muss somit abgewiesen werden.

### **E. 3**

Mit dem Eventualantrag macht der Beschwerdeführer geltend, zur Bestimmung des Umfangs seiner unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit und damit des Beteiligungsverhältnisses des Kantons Luzern an der Erwerbsausfallentschädigung dürfe nicht auf sein Nettoeinkommen als Rechtsanwalt abgestellt werden; vielmehr sei das Bruttoeinkommen BGE 104 V 42 S. 48 heranzuziehen, weil die Unkosten seines Anwaltsbüros auch während der militärdienstlichen Tätigkeiten weiterliefen. Zudem sei der Betrag seines Anwaltseinkommens um den Einkommensteil aufzuwerten, den er in der Advokatur infolge seiner Tätigkeit als Justizoffizier verloren habe. Diese Anträge erweisen sich als unbegründet. Art. 5 EOV stellt zur Bemessung der Entschädigungen bei Selbständigerwerbenden auf das gemäss AHVG beitragspflichtige Erwerbseinkommen ab und lässt Raum weder für das Bruttoeinkommen noch für ein im Sinne des Beschwerdeführers aufgewertetes Einkommen. Ausserdem übersieht der Beschwerdeführer, dass die Betriebszulage in der angefochtenen Verfügung nicht aufgeteilt wird, sondern ihm gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG ungeschmälert zukommt; damit wird dem Gesichtspunkt der laufenden Betriebsunkosten hinreichend Rechnung getragen.

### **E. 4**

a) Es fragt sich, wie im vorliegenden Fall die Aufteilung der Erwerbsausfallentschädigung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kanton Luzern im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Verbindung mit Rz 222 der Wegleitung zur EO vorzunehmen ist. Der Beschwerdeführer wirft erstmals in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Frage auf, ob anstelle des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit in den Jahren 1971 und 1972 nicht das 1973 und 1974 erzielte Einkommen mit der 1973 und 1974 ausgerichteten Besoldung für seine Tätigkeit als Kriminalrichter verglichen werden müsste, weil der zufolge Militärdienstes ausgefallene Erwerb zu ersetzen sei. Die Ausgleichskasse hat dagegen gemäss Art. 5 Abs. 1 erster Satz EOV in der angefochtenen Verfügung das Einkommen, das der Beschwerdeführer in den Jahren 1973 und 1974 als Kriminalrichter erzielt hatte, dem Einkommen aus der Anwaltstätigkeit gegenübergestellt, welches durch die AHV-Beitragsverfügungen für die Beitragsjahre 1973 (Neufestsetzung vom 18. März 1975) und 1974/1975 (vom 25. März 1974) ausgewiesen war. Diese Verfügungen über die persönlichen Beiträge basierten gemäss Art. 22 AHVV auf den Berechnungsjahren 1969/1970 bzw. 1971/1972. Die Ausgleichskasse verglich mithin zwei Einkommensteile miteinander, die aus verschiedenen Zeitabschnitten stammen. Es erweist sich im Normalfall als unmöglich, eine zeitliche Identität der Vergleichsgrundlagen zu erreichen. Zwar wäre es BGE 104 V 42 S. 49 denkbar, für die Aufteilung das Anwaltseinkommen aus den Jahren

1973 und 1974 als Grundlage heranzuziehen, um es dem Kriminalrichtereinkommen desselben Zeitabschnitts gegenüberzustellen. Eine solche Lösung ist aber deswegen nicht realisierbar, weil im Zeitpunkt, da die Entschädigung bemessen und ausbezahlt werden muss, in der Regel die entsprechenden AHV-Beitragsverfügungen noch nicht vorliegen. Umgekehrt könnte das Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit aus jener Zeitperiode herangezogen werden, auf welcher die AHV-Beitragsverfügungen als Berechnungsperiode basierten. Diese Methode wäre jedoch dort nicht anwendbar, wo die unselbständige Erwerbstätigkeit erst nach der AHV-Bemessungsperiode aufgenommen wird. Zudem ergäbe sich ein Unterschied zwischen den Einkommensgrundlagen, die der Ausscheidung der Einkommensteile im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Verbindung mit Rz 222 der Wegleitung zur EO dienen, und denjenigen, die nach Art. 2 ff. EO zur Bemessung der Entschädigungshöhe massgebend sind. Ist eine zeitliche Identität der Vergleichsgrundlagen nicht erreichbar, drängt sich eine Regelung auf, die sich an die Bestimmungen anlehnt, welche in den Art. 2 ff. EO für die Bemessung der Entschädigung niedergelegt ist. Nimmt diese Ordnung aber in Kauf, dass die Grundlagen für die Bemessung der Entschädigung aus verschiedenen Zeitabschnitten stammen, so muss dies auch dann gelten, wenn es darum geht, die Einkommensteile im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Verbindung mit Rz 222 der Wegleitung zur EO auszuschneiden. Diese Methode führt bei stabilen Einkommensverhältnissen in der Regel zu keinen stossenden Ergebnissen. Anders kann es sich indessen verhalten, wenn das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erheblichen Schwankungen unterworfen ist, insbesondere wenn es seit der für die AHV massgebenden Berechnungsperiode in wesentlichem Masse angestiegen ist. Art. 5 Abs. 1 letzter Satz EO bestimmt im Rahmen der Bemessung der Entschädigung für Selbständigerwerbende für diesen Fall folgendes: "Ergeht in der Folge eine abweichende Beitragsverfügung für das Jahr der Dienstleistung, so kann der Dienstpflichtige innert 3 Monaten seit der rechtskräftigen Festsetzung des Beitrages die Neubemessung der Entschädigung verlangen." Es rechtfertigt BGE 104 V 42 S. 50 sich, diese Ordnung bei der Ausscheidung der Einkommensteile gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Verbindung mit Rz 222 der Wegleitung zur EO analog anzuwenden, denn damit lassen sich untragbare Verzerrungen im Verhältnis der beiden Erwerbstätigkeiten vermeiden. b) Im vorliegenden Fall erscheint die Behauptung des Beschwerdeführers, sein Einkommen aus der Anwaltstätigkeit habe sich in den Jahren 1973 und 1974 gegenüber früheren Jahren gesteigert, auf Grund der von ihm eingereichten Steuerakten nicht unglaubwürdig... Seine Angaben lassen erwarten, dass die AHV-Beitragsverfügung für 1976/1977, wofür die Berechnungsjahre 1973/ 1974 der 18. Wehrsteuerperiode massgebend sind, erheblich höher ausfallen wird als die der angefochtenen Kassenverfügung zugrunde gelegten AHV-Beitragsverfügungen für 1973 und 1974/1975. Ob die Verfügung über die für 1976/1977 geschuldeten persönlichen Beiträge bereits ergangen ist, kann den Akten nicht entnommen werden. Diese Frage braucht indessen nicht näher untersucht zu werden, denn der Beschwerdeführer kann sich ohnehin nach dem Gesagten auf die sinngemässe Anwendung von Art. 5 Abs. 1 letzter Satz EO berufen und eine Korrektur der gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c EOG in Verbindung mit Rz 222 der Wegleitung zur EO vorzunehmenden Aufteilung der Einkommensbestandteile verlangen. Im Hinblick auf das vorliegende Verfahren hat die Frist von 3 Monaten jedenfalls als eingehalten zu gelten. c) Die Ausgleichskasse, an welche die Sache in diesem Punkt zurückgewiesen wird, hat gestützt auf die AHV-Beitragsverfügung für 1976/1977 bei der Aufteilung der Einkommensbestandteile den Anteil des Einkommens aus selbständiger

Erwerbstätigkeit neu zu berechnen und über die dem Beschwerdeführer für 1973 und 1974 zustehende Erwerbsausfallentschädigung neu zu verfügen... Dispositiv Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht: In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 13. November 1975 sowie die angefochtene Kassenverfügung vom 4. Dezember 1974 aufgehoben. Die Sache wird an die Ausgleichskasse des Kantons Luzern zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.